

MESTRADO

CIÊNCIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Os Poderes Sancionários da Autoridade da Concorrência - Análise da Jurisprudência posterior à criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Cláudia Virgínia Cruz da Silva

M

2017





Os Poderes Sancionatórios da Autoridade da Concorrência

*– Análise da Jurisprudência posterior à criação do Tribunal da
Concorrência, Regulação e Supervisão*

Cláudia Virgínia Cruz da Silva

Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas

A presente dissertação destina-se à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob orientação do Professor Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim.

Vila do Conde, Setembro de 2017

AGRADECIMENTOS

É de enorme importância efetuar algumas menções de agradecimento a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão deste estudo.

Antes de mais gostaria de agradecer ao *Professor Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim*, que assumindo as funções de orientador, outrora meu Professor na Universidade Lusíada do Porto, pela total disponibilidade e partilha de conhecimentos.

Ao Venerando *Conselho Superior de Magistratura*, na pessoa do Exmo. Senhor Vice-Presidente, *Dr. Mário Belo Morgado*, pelo parecer positivo concedido ao início do estudo junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, abrindo portas para a concretização do presente estudo.

Ao Senhor Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém, *Dr. Luís Miguel Caldas*, pela disponibilidade e amabilidade com que me recebeu no Edifício da Antiga Escola Prática de Cavalaria, hoje Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

À Exma. Sra. Dra. *Marta Borges Campos* Juíza do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que com toda a sua humildade, profissionalismo e conhecimento foi fundamental para o desenvolvimento e conclusão do estudo, a quem devo uma enorme gratidão e que não esquecerei a ajuda nos momentos de maior aperto ao longo da realização do presente trabalho, sem esquecer, os Senhores funcionários do seu juízo pelo apoio e disponibilidade que me deram desde o primeiro dia em que me desloquei a Santarém.

À Minha Família, pelo apoio incondicional que sempre me deram e que sem ele este trabalho não teria sido possível.

Em especial aos meus filhos, ***Guilherme*** e ***Clara*** a quem muitas horas de carinho e dedicação lhes tirei, e a eles, dedico todo este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho surge no âmbito no 2º ciclo de estudos em Direito, ramo das ciências jurídico-administrativas, como dissertação de mestrado.

A escolha do tema “Os Poderes Sancionatórios da Autoridade da Concorrência – Análise da Jurisprudência posterior à criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, deveu-se sobretudo à importância da criação de um Tribunal de competência especializada e à jurisprudência do mesmo nesta matéria.

A jurisprudência e a doutrina relacionada com a temática abordada são analisadas, numa perspetiva crítica.

Neste contexto, apenas iremos fazer um resumo do mais importante a reter em matéria de jurisprudência do TCRS, salientando as principais questões jurídicas suscitadas em matéria de concorrência, sem ter a pretensão de abordar de forma exaustiva o tema, mas proporcionar momentos de reflexão acerca do mesmo.

Sendo este o caminho percorrido no presente trabalho, caberá ao leitor julgar o sucesso do objetivo pretendido!

ABSTRACT

The present work arises in the 2nd cycle of studies in Law, branch of the juridical-administrative sciences, as dissertation of master.

The choice of the subject "The sanctioning powers of the Competition Authority - Analysis of Jurisprudence, after the creation of the Competition, Regulation and Supervision Court"

Was due in particular to the importance of setting up a specialized court and its case-law on this matter.

The jurisprudence and the doctrine related to the subject addressed are analyzed in a critical perspective.

In this context, we will summarize the most important case law of the TCRS, highlighting the main legal issues raised in the field of competition, without pretending to address the issue comprehensively but provide moments of reflection on it.

As this is the path taken in this work, it will be up to the reader to judge the success of the intended objective!

SUMÁRIO

Abreviaturas e siglas

Introdução	7
I – Enquadramento Legal	10
II – O Procedimento Sancionatório	12
1) Fase de inquérito	12
2) Fase da Instrução	13
3) Decisão Final	17
III – O controlo judicial dos poderes sancionatórios da AdC	20
1) No âmbito do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão	20
2) No âmbito dos Tribunais Superiores	23
IV – Casos de estudo	24
1. <i>Cartel das cantinas</i>	24
1.1. Resumo	25
1.2. Descrição do caso	25
1.3. Decisão da Autoridade da Concorrência	25
1.4. Decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão	25
1.5. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa	25
1.6. Questões jurídicas mais relevantes	25
- A troca de informações	25
2. <i>Caso das Farmácias</i>	27
2.1. Resumo	27
2.2. Descrição do caso	27
2.3. Decisão da Autoridade da Concorrência	28
2.4. Decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão	28
2.5. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa	29
2.6. Questões jurídicas mais relevantes	29
a) Os requisitos substantivos	29
V - Aplicação da lei no tempo	41
VI - A aplicabilidade do art. 101º do Tratado de Funcionamento da União Europeia	42

VII – A sanção	43
Conclusão	47
Bibliografia	48

ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

Ac. - Acórdão

AdC - Autoridade da Concorrência

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

Art. - Artigo

CE - Comunidade Europeia

Cf. - Conferir

COM - Comissão Europeia

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto - Lei

DR - Diário da República

Ibidem - no mesmo lugar

i.e. – isto é

INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP.

Infra – ver abaixo

L - Lei

LdC - Lei da Concorrência

LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

N.º - Número

n.ºs – Números

NRJC – Novo regime jurídico da Concorrência

Proc. - Processo

RGCO - Regime Geral das Contraordenações

S.s - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TCRS - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ - Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

UE - União Europeia

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

A Autoridade da Concorrência (AdC) é uma entidade administrativa independente, criada no ano de 2003, com poderes transversais sobre a economia portuguesa para a aplicação das regras de concorrência, em coordenação com as entidades reguladoras setoriais.

A AdC tem por missão *assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores*, de acordo com os seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

A par da independência, a autoridade tem outra característica essencial, a da regulação, devendo as Entidades Reguladoras Independentes gozar, estatutariamente, dos seguintes poderes: poderes regulamentares, de supervisão e sancionatórios, sendo estes últimos o enfoque da nossa reflexão e estudo.

Um dos efeitos mais devastadores dos poderes sancionatórios da Autoridade da Concorrência¹ é sem dúvida alguma a possibilidade de impor, em processos de contraordenação, coimas em montantes avultados², atingindo valores muito significativos, que são verdadeiramente incomparáveis se recorrermos a outros processos de contraordenação.

O objetivo dos poderes sancionatórios consiste em assegurar o respeito da lei e o normal funcionamento do mercado, preservando a concorrência efetiva, como um mecanismo dissuasor de comportamentos restritivos da concorrência, onde a sanção pode ser fator determinante para essa missão.

Importa também referir, que o legislador definiu vários critérios para a determinação das coimas aplicáveis. De facto, nos termos do disposto no art. 69º do regime sancionatório da AdC, aprovado pela lei 19/2012 de 8 de maio, as contraordenações determinam-se segundo os seguintes critérios:

- a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;
- b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;
- c) A duração da infração;
- d) O grau de participação do visado pelo processo na infração;

¹ E não só, mas aqui procuraremos direcionar o nosso estudo para a Autoridade da Concorrência.

² Com a aplicação de coimas que podem atingir até 10% do volume de negócios da empresa visada.

e) As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;

f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência;

g) A situação económica do visado pelo processo;

h) Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência;

i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

Muito se tem falado acerca da proporcionalidade das sanções aplicadas. Na esteira do Acórdão n.º 574/95 (disponível em dgsi.pt) do Tribunal Constitucional: “Quanto ao princípio da proporcionalidade das sanções, tem, antes de mais, que advertir-se que o Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18º, n.º 2, da Constituição. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação [cf., identicamente, os acórdãos n.ºs 13/95 (Diário da República, II série, de 9 de fevereiro de 1995) e 83/95 (Diário da República, II série, de 16 de junho de 1995)], até porque a necessidade que, no tocante às penas criminais é - no dizer de FIGUEIREDO DIAS³ "uma *conditio iuris sine qua non* de legitimação da pena nos quadros de um Estado de Direito democrático e social", aqui, não faz exigências tão fortes.

De facto, no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais - para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social⁴”. A título de exemplo, pode ler-se no Acórdão n.º 360/2011 que: “(...) o legislador ordinário, na área do direito de mera ordenação social, goza de ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis, devendo o Tribunal Constitucional apenas emitir um juízo de censura, relativamente às soluções legislativas que cominem sanções que sejam manifesta e claramente desadequadas à gravidade dos comportamentos sancionados. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, neste campo, há-de gozar de uma confortável liberdade de conformação, ainda que ressalvando que tal

³ Direito Penal II, 1988, policopiado, página 271.

⁴ No mesmo sentido pronunciaram-se, mais recentemente, os Acórdãos n.ºs 62/2011, 67/2011, 132/2011, 360/2011, e 110/2012 (disponíveis em dgsi.pt)).

liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade”.

Por outro lado, na análise da jurisprudência nacional, que é o enfoque do estudo, até pelos limites desde logo formais do trabalho, não é era exequível analisar também a problemática no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, pois esse seria certamente alvo de outro longo e exaustivo estudo.

Creemos que o estudo, acompanhado de números reveladores desenvolve uma enorme importância para a consolidação da pouca jurisprudência existente em Portugal e que se torna um desafio para a doutrina e os Tribunais portugueses.

I

ENQUADRAMENTO LEGAL

Segundo o atual regime jurídico da Concorrência, previsto na Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, no seu **art. 5º, n.º1** diz-se que:

1 - O respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos.

Relativamente à Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, na qual se insere a AdC - Lei 67/2013 de 28 de Agosto, art. 3º, n.º2 al. e), prevê o art. 3º, n.º2 al e) da lei-quadro que:

(...)

2 - Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes: (...)

*e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de **sanção de infrações**;*

Dispõe o art. 40º, n.º1:

*Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de **sanção de infrações** respeitantes às atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social (...)*

E ainda, o **n.º3:**

*“Nos termos e limites dos respetivos estatutos ou do regime sancionatório aplicável, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes em matéria de inspeção e auditoria, de fiscalização e **sancionatórios**, designadamente: (...)*

c) Desencadear os procedimentos sancionatórios em caso de infrações de deveres e obrigações derivados de normas legais ou regulamentares, bem como de obrigações contraídas pelos concessionários ou prestadores de serviços nos respetivos contratos para a prestação de serviço público ou de serviço universal, quando respeitem a atividades sujeitas à sua regulação;

d) Adotar as necessárias medidas cautelares e aplicar as devidas sanções;

e) Denunciar às entidades competentes as infrações cuja punição não caiba no âmbito das suas atribuições e colaborar com estas;

f) Cobrar coimas (...)

Dispõe também o art. 43º:

Compete às entidades reguladoras, nos termos dos respetivos regimes sancionatórios, praticar todos os atos necessários ao processamento e punição das infrações às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhes compete, bem como do incumprimento das suas próprias determinações.

Preceitua o art. 6º, n.º1 e 2 dos Estatutos da AdC – DL n.º125/2014 de 18 de agosto:

1 - Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

2 - No exercício dos seus poderes sancionatórios, incumbe à AdC:

- a) Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei;*
- b) Cobrar as coimas estabelecidas na lei;*
- c) Adotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis;*
- d) Praticar os demais atos previstos na lei.*

II

O PROCEDIMENTO SANCIONATÓRIO

1) Fase de Inquérito

A AdC procede à abertura de inquérito contraordenacional por práticas restritivas da concorrência sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito disponíveis, bem como, a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

A fase de inquérito no processo de contraordenação tem por objetivo a realização, pela AdC, das diligências necessárias à investigação da existência de práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 ou pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a determinação dos respetivos agentes e da responsabilidade destes, bem como a descoberta e recolha de prova, com vista à decisão final. Neste âmbito, a AdC dispõe, designadamente, dos poderes de investigação atribuídos pelos artigos 18.º e ss. da Lei n.º 19/2012.

No exercício de poderes sancionatórios, a AdC pode solicitar às empresas e demais pessoas envolvidas (bem como, quaisquer outras pessoas ou entidades) documentos e outros elementos de informação que considere convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos investigados. Consideram-se convenientes ou necessários todos os elementos que permitam apurar, por parte da Autoridade, a existência ou inexistência de uma alegada infração, os seus agentes e a respetiva responsabilidade, bem como outros elementos, com aquela relacionados, relevantes para a boa decisão do processo.

No âmbito dos seus poderes sancionatórios, a AdC pode interrogar as empresas e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representantes legais, bem como solicitar-lhes documentos ou outros elementos de informação que considere relevantes.

No exercício dos seus poderes sancionatórios, com vista à recolha de elementos que permitam provar os factos em causa, a AdC pode proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte.

A fase de inquérito num processo de contraordenação deverá ter a duração máxima de 18 meses a contar do despacho de abertura do processo. Se não for possível o cumprimento deste prazo, o Conselho da Autoridade, até 30 dias antes do termo do mesmo, dá conhecimento ao visado dessa circunstância e do período necessário para a conclusão do inquérito.

A conclusão do inquérito dará lugar a uma de quatro tipos de decisões:

- a) dar início à instrução, através de notificação de nota de ilicitude ao visado, sempre que a Autoridade conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória;
- b) proceder ao arquivamento do processo, quando as investigações realizadas não permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória;
- c) pôr fim ao processo, por decisão condenatória, em procedimento de transação;
- d) proceder ao arquivamento do processo mediante imposição de condições, nos termos do artigo 23.º da Lei n.º 19/2012.

2) Fase da Instrução:

Findo o inquérito, inicia-se a instrução sempre que a AdC considere que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória. Esta fase inicia-se com a notificação da nota de ilicitude aos visados no processo, dando-lhes a oportunidade de se pronunciarem sobre as questões que possam interessar à decisão final, designadamente sobre os fatos, as provas produzidas, a qualificação jurídica da contraordenação que lhes é imputada e a moldura sancionatória aplicável e sobre as medidas de conduta ou de carácter estrutural que a Autoridade considere indispensáveis à cessação da prática imputada ou dos seus efeitos. A instrução no processo contraordenacional por infrações à Lei n.º 19/2012 destina-se a assegurar e dar cumprimento ao direito de audiência e de defesa dos visados.

Nos termos do disposto no artigo 24.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 19/2012, a Autoridade iniciará a instrução do processo, através da notificação de nota de ilicitude dirigida às empresas ou associações de empresas visadas, bem como, se aplicável, aos titulares dos respetivos órgãos de administração, sempre que conclua, com base na investigação levada a cabo durante o inquérito, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.

Assim, sempre que a Autoridade concluir no termo do inquérito que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória que, para além da

aplicação das coimas e demais sanções previstas na Lei n.º 19/2012, implique a imposição de medidas de conduta ou de carácter estrutural, a nota de ilicitude deverá garantir a efetividade do direito de audição dos visados em relação às mesmas.

O juízo de possibilidade de condenação inerente à notificação da nota de ilicitude não condiciona a decisão final da Autoridade que porá termo ao processo.

Na pronúncia por escrito à nota de ilicitude, os visados poderão, nomeadamente, confessar os factos e aceitar a responsabilidade pela infração imputada, apresentar proposta de transação, apresentar os seus meios de prova e/ou requerer as diligências complementares de prova que considerem pertinentes, pronunciar-se sobre a medida da coima e sanções acessórias aplicáveis em abstrato e sobre as medidas de conduta ou estruturais determinadas pela Autoridade como sendo necessárias à cessação da infração ou dos seus efeitos e requerer audição oral, tendo direito de acesso ao processo.

Com a nota de ilicitude é dado conhecimento aos visados de todos os elementos, de facto e de direito, relevantes para a decisão final. Estes consistem em todos os elementos, que permitem preencher os requisitos do tipo contraordenacional imputado aos visados, incluindo a indicação da prova e a respetiva fundamentação jurídica.

A nota de ilicitude contém a identificação dos visados e a descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas, que constarão dos autos do processo, bem como a **indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação** e, finalmente, **da moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis**, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final.

Quando para a cessação da prática identificada ou dos seus efeitos, se revele a indispensabilidade da imposição de medidas de conduta ou de carácter estrutural aos visados, a Autoridade indicará na nota de ilicitude as concretas medidas que entende indispensáveis e a respetiva fundamentação, sem prejuízo da imposição, durante o inquérito ou a instrução, de medidas cautelares, nos termos e para os efeitos do artigo 34.º da Lei n.º 19/2012.

Com a notificação da nota de ilicitude, os visados passam a ter direito de acesso pleno ao processo, nos termos do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012. A notificação da nota de ilicitude não impõe a comunicação integral do conteúdo do processo, nem o envio de cópia de todos os documentos ou elementos de prova referidos. Após a notificação da nota de ilicitude, o processo poderá ser consultado pelos visados, na secretaria do Departamento de Práticas Restritivas, mediante apresentação de requerimento para o efeito, podendo ainda obter cópias ou certidões

dos elementos constantes do processo, designadamente para preparação da sua pronúncia. Não é permitida a confiança do processo.

Nos termos do artigo 25.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, a Autoridade fixará um prazo razoável, não inferior a 20 dias úteis, para pronúncia escrita sobre as imputações feitas ao visado e sobre as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas.

No decurso do prazo fixado para apresentação de pronúncia escrita, e previamente ao seu termo, o visado pode apresentar uma proposta de transação que contenha uma confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa. A apresentação de proposta de transação pelo visado suspende o prazo para apresentação de pronúncia escrita, pelo período fixado pela Autoridade, não podendo exceder 30 dias úteis.

Através da pronúncia escrita, os visados poderão juntar todos os elementos probatórios e ou informações relevantes de que disponham para a decisão do processo, incluindo pareceres jurídicos, relatórios de análise económica ou outros relatórios periciais, exceto se, forem apresentadas extemporaneamente. A AdC poderá, mediante apresentação de requerimento devidamente fundamentado, conceder prazo adicional para a junção dos elementos que, pela sua especial complexidade, não seja possível apresentar juntamente com a pronúncia escrita, desde que os mesmos sejam aí contemplados. O prazo fixado pela AdC para a audição escrita não poderá ser inferior a 20 dias úteis, embora a Autoridade possa decidir fixar um prazo superior atendendo, designadamente, à complexidade do processo e à necessidade de assegurar a efetividade do direito de audição dos visados, normalmente, de 30 dias úteis.

Até ao termo do prazo de pronúncia fixado na nota de ilicitude, os visados poderão requerer a sua prorrogação por igual período (ou por período inferior ao fixado inicialmente), devendo para o efeito apresentar requerimento fundamentado antes do termo do prazo inicial.

A AdC poderá solicitar ainda, esclarecimentos adicionais ao requerente sobre o pedido de prorrogação do prazo, de forma a fundamentar a sua decisão.

Na decisão sobre pedidos de prorrogação de prazo para pronúncia, a AdC tomará em consideração os fundamentos apresentados pelo requerente, a complexidade do processo e as necessidades de celeridade processual, podendo decidir prorrogar o prazo por período inferior ao solicitado, desde que considere que a efetividade do direito de audição do visado não é prejudicada. A decisão de recusa de prorrogação do prazo não é passível de recurso.

Existindo mais do que um visado, a AdC comunicará a sua decisão relativamente à prorrogação do prazo a todos os visados, que poderão, querendo, beneficiar do novo prazo.

A AdC pode recusar a realização de diligências complementares de prova quando for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatório. Nestes termos, a relevância e/ou necessidade da produção destas diligências deverá ser devidamente fundamentada pelos visados requerentes, nomeadamente através da indicação dos factos ou outros elementos relevantes para a decisão do processo que as provas produzidas em resultado dessas diligências visem demonstrar, contraditar ou confirmar. A Autoridade poderá solicitar, num prazo razoável, esclarecimentos adicionais sobre as diligências complementares aos visados requerentes, previamente à sua realização ou, em alternativa, à adoção de uma decisão de indeferimento.

A decisão de indeferimento das diligências probatórias requeridas pelos visados, devidamente fundamentada, deverá ser adotada num prazo não superior a três meses após o termo do prazo para a pronúncia escrita e, em todo o caso, antes de concluída a instrução do processo, sendo a mesma notificada ao visado requerente. Em caso de indeferimento, a Autoridade deverá informar previamente o requerente do sentido provável da sua decisão, concedendo-lhe prazo razoável para se pronunciar.

Nos termos do artigo 25.º, n.º 4 da Lei n.º 19/2012, a AdC pode decidir realizar diligências complementares de prova, durante o prazo concedido para pronúncia escrita, após o termo desse prazo ou posteriormente à realização da audição oral eventualmente requerida pelo(s) visado(s).

No âmbito dessas diligências, a AdC poderá exercer todos os poderes de inquirição, busca e apreensão legalmente previstos, nomeadamente os referidos no artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012.

Caso os elementos de prova recolhidos no âmbito destas diligências complementares não impliquem uma alteração substancial dos factos inicialmente imputados aos visados, a Autoridade notificará os visados no processo da junção dos elementos probatórios recolhidos, fixando-lhes um prazo não inferior a 10 dias úteis para se pronunciarem. Caso entenda relevante, a AdC poderá, naquela notificação, apresentar observações escritas relativas especificamente aos elementos recolhidos e sua eventual relevância processual.

Na pronúncia escrita à nota de ilicitude, através de requerimento que fará parte integrante daquela, os visados poderão requerer a realização de uma audição oral. Essa audição oral tem por objeto complementar a pronúncia escrita.

A audição oral permite o exercício do direito de defesa por parte dos visados que a solicitarem, oferecendo-lhes a oportunidade de apresentarem oralmente os seus argumentos, em

complemento à sua pronúncia escrita. Através da audição oral também é dada aos visados no processo a possibilidade de aduzir elementos de prova complementares ou adicionais, designadamente documentos ou relatórios de peritos, podendo fazer-se acompanhar destes. No caso de existirem vários visados pelo processo e quando todos ou alguns requeiram audições orais, as mesmas serão realizadas individual e separadamente.

Dispõe a Lei n.º 19/2012 no seu artigo 26º, n.º1 e 3, que o requerente identifique, na sua pronúncia escrita, quais as questões e aspetos concretos dessa pronúncia que pretende esclarecer na audição oral. A Autoridade poderá solicitar ao requerente esclarecimentos adicionais sobre o teor e âmbito da audição oral requerida, previamente à sua realização, em cumprimento daquela imposição.

A fase de instrução deverá ser concluída no prazo máximo de 12 meses a contar da notificação da nota de ilicitude. Até 30 dias úteis antes do termo desse prazo, se verificar não ser possível concluir a instrução naquele prazo, o Conselho da AdC comunicará aos visados essa impossibilidade, os motivos da mesma e o período que a AdC considera necessário para a conclusão da instrução.

3) Decisão Final

No final da instrução, o Conselho da AdC adotará uma decisão final, na qual pode:

a) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, sendo caso disso, admoestar ou aplicar as coimas e demais sanções previstas nos artigos 68.º, 71.º e 72.º da Lei n.º 19/2012 aos visados, bem como, impor-lhes as medidas de conduta ou de carácter estrutural indispensáveis à cessação da prática restritiva ou dos seus efeitos ou, em alternativa, considerá-la justificada nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012;

b) condenar os visados em procedimento de transação, nos termos do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012;

c) ordenar o arquivamento do processo, quer por ter sido recolhida prova suficiente de não haver sido praticada qualquer infração, de o visado em causa não a ter praticado ou de ser legalmente inadmissível o procedimento, quer por não ter sido possível obter prova suficiente da prática de uma infração ou de quem tenham sido os seus autores ou por serem impostas condições consideradas adequadas para resolver os problemas concorrenciais identificados.

A decisão deverá conter todos os elementos, de facto e de direito, respeitantes à imputação dos ilícitos contraordenacionais em causa, e dela constarão, de acordo com o artigo 58.º do Regime geral das contraordenações, a identificação dos visados no processo, a descrição dos factos imputados com indicação das provas obtidas, a indicação das normas segundo as

quais se pune e a fundamentação da decisão. A decisão final dará conta de todo o processado na fase de inquérito e de instrução, devendo dela constar, para além dos elementos já referidos, a apreciação das pronúncias dos visados e dos elementos por si juntos ao processo, bem como das diligências complementares de prova eventualmente realizadas.

Impõe-se esclarecer que, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da decisão administrativa estão definidos no art. 58º, do RGCO, de forma completa, pelo que não é necessário, nem há fundamento legal, para se recorrer, neste plano, nem aos arts. 283º/3 e 374º/2, ambos do CPP, nem ao art. 125º, do CPA. Assim, de acordo com o citado normativo legal, a decisão impugnada tem, entre o mais, de conter: a descrição do facto imputado; a indicação das normas violadas; e a fundamentação da decisão.

Relativamente ao grau de exigência da fundamentação, considera-se que a fundamentação não pode deixar de tornar patente para o arguido as razões de facto e de direito que conduziram à sua condenação. Por conseguinte, o critério operativo de determinação do grau de fundamentação da decisão administrativa condenatória deve ser o direito de defesa do arguido, podendo-se, assim, concluir que a fundamentação da decisão será suficiente se possibilitar ao arguido “um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial”.

A lei é omissa quanto ao regime aplicável no caso de omissão dos elementos exigidos pelo art. 58º/1, do RGCO. No essencial e de forma mais preponderante, têm sido dois os regimes propostos, designadamente o recurso ao regime geral das irregularidades, por aplicação subsidiária dos arts. 118º/1 e 123º, ambos do CPP, ou o recurso ao regime especial da sentença penal condenatória, previsto no art. 379º, do CPP, ex vi art. 41º/1, do RGCO.

Entende-se que é de aplicar a segunda hipótese enunciada, uma vez que, a razão de ser da exigência de fundamentação da decisão administrativa condenatória não é diversa da teleologia imanente à fundamentação da sentença penal, designadamente garantir ao arguido “um incontornável direito a conhecer as razões do sancionamento”.

Isto significa que a omissão dos requisitos previstos no art. 58º/1, do RGCO, conduz a uma nulidade sanável, que se considera suprida caso o arguido tenha incluído, na sua defesa, os elementos omitidos ou insuficientemente concretizados (cfr. art. 121º/1, al c), do CPP, ex vi art. 41º/1, do RGCO). A possibilidade de se tratar de uma nulidade insanável é uma hipótese que, sem prejuízo de melhor entendimento, se considera que não tem suporte legal, face ao regime geral consagrado nos arts. 119º, a contrário, e 120º, ambos do CPP.

Quando seja confirmada a verificação de uma infração às regras de concorrência, a AdC adota uma decisão condenatória em que atesta a existência de uma prática restritiva da concorrência, aplica as coimas e sanções previstas na Lei n.º 19/2012 e ordena ao autor da mesma, caso a prática ainda não tenha cessado ou não seja possível comprovar a sua cessação, a adoção das medidas de conduta ou de carácter estrutural indispensáveis à cessação da prática restritiva ou dos seus efeitos.

As coimas serão aplicadas de acordo com a metodologia fixada pelo Conselho da AdC, em aplicação dos critérios de determinação da moldura da coima constantes do art. 69º, n.º1 da Lei n.º 19/2012.

Quando estejam em causa práticas relativas a um mercado objeto de regulação setorial, a adoção de uma decisão final pela Autoridade, salvo nos casos de arquivamento sem condições, é precedida de parecer prévio da respetiva autoridade reguladora setorial. A Autoridade fixará, para o efeito, um prazo que, geralmente, será de 20 dias úteis. Sempre que adotar uma decisão num mercado objeto de regulação setorial, a Autoridade comunicará essa decisão à respetiva autoridade reguladora, uma vez notificados os visados e previamente à sua publicação, quando a ela haja lugar.

III

O CONTROLO JUDICIAL DOS PODERES SANCIONATÓRIOS DA AdC

1) No âmbito do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) foi criado pela Lei 46/2011, de 24 de junho, e instalado pela Portaria n.º84/2012, de 29 de março de 2012, correspondendo ao objetivo de criar um tribunal de competência especializada em matéria de concorrência.

O TCRS tem competência territorial de âmbito nacional, cabendo-lhe conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas determinadas em processo de contraordenação pelas entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão, bem como, das decisões da Autoridade da Concorrência em procedimentos administrativos referidos no regime jurídico da concorrência, da decisão ministerial a que se refere o artigo 34.º do DL n.º10/2003, de 18.01 e das demais decisões daquela entidade que admitam recurso (artigo 112.º, L62/2013, de 26.08).

Em sede judicial existem quatro tipos de “recursos”⁵ que poderão ser apreciados pelo TCRS: recursos das decisões interlocutórias; procedimentos de denúncia⁶; recursos das decisões finais e o recurso de despacho de arquivamento de inquérito.

Até 18 de julho de 2017⁷, e ao longo dos 5 anos de atividade do TCRS, deram entrada um total de 63 processos⁸.

Em termos de volume de processos é a ANACOM, que assume maior protagonismo junto do mesmo.

Dividindo esses processos em função das competências previstas no art.112º da LOSJ, temos:

a) Quanto a recursos de contraordenação (n.º1 do art. 112º da LOSJ):

- 1 recurso de impugnação (nos termos do art.24º, n.º5 do NRJC, instaurado em 2016;
- 1 recurso de medidas administrativas, interposto em 2012 (cf. artigo 50.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11.06 Lei n.º 18/2003, de 11.06, já revogada);
- 18 recursos de decisões interlocutórias⁹ (artigo 85.º do NRJC) instaurados respetivamente, o primeiro em 2015, 16 em 2016 e o último em 2017;
- 10 recursos de contraordenação de decisões finais condenatórias, instaurados 2 em 2012, 3 em 2013, 4 em 2015 e 1 em 2016.
- 10 recursos de contraordenação provenientes do Tribunal de Comércio de Lisboa¹⁰, que foram transferidos em 2014, tendo em conta a reforma operada no sistema judiciário português;

b) Quanto a procedimentos administrativos e demais decisões passíveis de recurso (art. 112º, n.º2 da LOSJ):

- 5 procedimentos cautelares, 1 em 2013 e 4 em 2015;
- 15 ações administrativas, 1 em 2012, 2 em 2013, 6 em 2014, 4 em 2015, 1 em 2016 e 1 em 2017.

c) Quanto a ações executivas (artigo 112.º, n.º 3, da LOSJ):

⁵ Note-se que, o termo recurso é um termo considerado impróprio, pois a AdC não funciona como 1ª instância.

⁶ O procedimento de denúncia não é um recurso. A Lei da Concorrência fala em recurso, mas impropriamente. É uma ação de impugnação da decisão, que segue a tramitação prevista no CPTA

⁷ Dados obtidos através do CITIUS, bem como em artigo que será recentemente publicado na Revista de Regulação e Concorrência, da autoria da Sra. Dra. Marta Campos, juíza do TCRS.

⁸ Este número não reflete os recursos de contraordenação por práticas restritivas de comércio, cuja competência foi transferida para a ASAE, nem os incidentes autuados por apenso ou translados.

⁹ 16 deles respeitam a três processos de contraordenação pendentes na AdC.

¹⁰ 9 dos quais não foram contabilizados, no total supra referido, uma vez que já apresentavam decisão definitiva ou sentença de mérito, transitada em julgado.

- 1 processo iniciado em 2015.

O hiato de tempo entre a entrada em vigor deste novo enquadramento jurídico e a instauração do primeiro processo (três anos depois) pensa-se que possa estar associada ao facto de o NRJC apenas se aplicar aos processos de contraordenação instaurados após o início da sua vigência (cf. artigo 100.º, n.º 1, alínea a), do NRJC), a par do tempo que, normalmente, a AdC demora no inquérito sobretudo quando se trata de práticas restritivas da concorrência.

Assim, ainda no que se refere à caracterização deste tipo de processos, a maioria dos **recorrentes** são pessoas coletivas, sobretudo sociedades comerciais, sendo que, apenas em três processos: processo n.º44/12.0YUSTR (que depois não foi admitido); processo n.º 88/12.1YUSTR; e o processo n.º38/13.8YUSTR, ambos por violação do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, os recorrentes eram pessoas singulares.

Para além disso, os **sujeitos processuais** são sociedades de grandes dimensões e com recursos consideráveis, volumes de negócios a rondar os 100 milhões de euros, líquidos de impostos (aqui falamos em impugnações a operação de concentração) o que necessariamente vai implicar nos valores das coimas aplicadas a práticas restritivas da concorrência como é o caso do processo n.º88/12.1YUSTR, que será abordado com mais detalhe nos casos de estudo, e que condenou nas coimas parcelares de € 5.207.746,61, € 6.778.686,20 e € 1.742.124,83.

É também com regularidade, que os sujeitos processuais recorrem a sociedades estrangeiras especialistas em direito da concorrência, pareceres jurídicos e advogados especialistas nesta matéria, tome-se a título de exemplo o processo n.º36/16.0YUSTR, em que foram juntos 4 pareceres jurídicos nacionais e internacionais, com referências a dados económicos e cujos subscritores foram ouvidos em audiência, na qual participou também um assessor técnico indicado pelo TCRS.

Nessa medida, e dada a complexidade das questões, muitas vezes interligadas com aspetos económicos, torna-se prudente que o TCRS recorra a assessoria técnica, conforme já ocorreu nos processos n.º 204/13.6YUSTR e n.º223/06.9TYLSB.

No domínio dos **recursos de contraordenação de decisões finais condenatórias**, estes não se restringem às práticas restritivas da concorrência. Designadamente, nos processos n.º 45/13.0YUSTR, que teve por objeto uma violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 (realização de uma operação de concentração que se encontra suspensa); o processo n.º 273/15.4YUSTR, relativo a uma infração prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea h), do NRJC (não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios), cuja

decisão de condenação foi mantinha pelo TCRS e o processo n.º 276/15.9YUSTR, relativo a uma infração prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alínea h), do NRJC, com absolvição da recorrente pelo TCRS; e, por fim, o processo n.º 352/15.8YUSTR, também respeitante à mesma infração, que está pendente.

Já no âmbito das **práticas restritivas da concorrência**, temos o processo n.º 88/12.1YUSTR - um acordo e uma prática concertada por troca de informações sensíveis e o processo n.º 38/13.8YUSTR - um acordo de repartição de clientes e fixação de preços, que se traduziram em práticas colusórias horizontais. No processo n.º 18/12.0YUSTR (acordos de fixação de preços) e o processo n.º 102/15.9YUSTR (acordos de repartição geográfica do mercado) temos os acordos verticais e por fim recursos que tiveram por objeto abusos de posição dominante, como sucedeu no processo n.º 204/13.6YUSTR (discriminação abusiva de preço), no processo n.º 36/16.0YUSTR (compressão de margens), no processo n.º 77/16.7YUSTR (um eventual abuso de posição dominante, uma discriminação abusiva de segunda linha, passível de ser enquadrada no artigo 102.º, alínea c), do TFUE) e que motivou um pedido de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, que se encontra pendente.

Relativamente às **ações administrativas**, nomeadamente nos processos n.ºs 774/12.6TYLSB, 924/04.6TYLSB, 11/15.1YQSTR, 3/16.3YQSTR e 4/17.4YQSTR, não se reportam a decisões proferidas pela AdC, mas antes visam a instauração de processos de contraordenação na origem de denúncias apresentadas pelos autores. No processo n.º 774/12.6TYLSB, a AdC foi condenada a instaurar processo de contraordenação por decisão do TCRS, e no processo n.º 11/15.1YQSTR por decisão do Supremo Tribunal de Justiça.

d) No âmbito dos Tribunais Superiores

As decisões proferidas nos processos n.º 38/13.8YUSTR e n.º 3/14.8YQSTR foram anuladas, por vícios de fundamentação.

Também foram anuladas as decisões proferidas nos processos n.ºs 1/16.7YUSTR e 90/16.4YUSTR, respeitantes a recursos de decisões interlocutórias proferidas pela AdC em processos de contraordenação, mas devido a posições jurídicas distintas relativas ao artigo 85.º, n.º 3, do NRJC. É de salientar que sobre esta matéria o próprio Tribunal da Relação de Lisboa tem entendimentos diferentes¹¹.

¹¹ Conforme resulta do acórdão proferido no processo n.º 20/16.3YUSTR.

No âmbito do processo n.º 774/12.6TYLSB, a decisão que julgou o TCRS incompetente em razão da matéria foi revogada na sua totalidade, bem como no processo n.º 11/15.1YQSTR, que aplicou o NRJC na parte relativa ao procedimento de denúncias, tendo o STJ entendido que deveria ter sido aplicada a Lei n.º 18/2003.

No processo n.º 36/16.0YUSTR, o Tribunal da Relação de Lisboa absolveu uma das recorrentes, tendo mantido a decisão quanto às demais e no processo n.º 20/16.3YUSTR, o Tribunal aderiu ao entendimento do TCRS quanto ao artigo 85.º, n.º 3, do NRJC, mas revogou a decisão na parte relativa ao efeito atribuído, verificando-se em ambos os casos uma revogação/confirmação parcial.

A decisão final proferida no procedimento cautelar n.º 9/15.0YQSTR; sentenças proferidas nos recursos de contraordenação de decisões finais n.º 38/13.8YUSTR, n.º 18/12.0YUSTR, n.º 204/13.6YUSTR e n.º 276/15.9YUSTR; decisões proferidas nos recursos de decisões interlocutórias n.º 225/15.4YUSTR e n.º 225/15.4YUSTR-A; decisão de indeferimento liminar parcial da ação executiva, adotada no processo n.º 178/09.8TYLSB-A; e decisão de indeferimento liminar da oposição à execução com o n.º 178/09.8TYLSB-B, foram mantidas na íntegra pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

Finalmente, no âmbito do controlo do Tribunal Constitucional, o TCRS nos processos n.º 273/15.4YUSTR e n.º 352/15.8YUSTR apenas declarou a inconstitucionalidade material de uma norma, designadamente o artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, do NRJC. Quanto ao primeiro, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 376/2016, não confirmou o entendimento da 1ª instância. Já em relação ao segundo foi proferido o acórdão n.º 674/2016, que decidiu «Julgar inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerado e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei.º 19/2012, de 8 de maio».

IV CASOS DE ESTUDO

1. CARTEL DAS CANTINAS

1.1. Descrição do caso:

- Processo iniciou com a apresentação de um requerimento de clemência por parte de um dos arguidos a 02.02.2007
- Processo de contraordenação instaurado a 24.12.2009 pelo Conselho de Administração da AdC;
- Factos ocorridos entre 2001 a janeiro de 2005.
- Decisão da AdC de condenação a 31.07.2012;
- 13 arguidos;
- Processo Judicial **n.º88/12.1YUSTR** composto por 164 pastas não confidenciais, 4 pastas confidenciais vindas da AdC e no TCRS 18 volumes não confidenciais;
- Sentença do TCRS a 19.07.2013.
- Recurso para a Relação de Lisboa.

1.2. Resumo

O processo de contraordenação fundamentou-se, sumariamente, *na prática dos arguidos de participação num intercâmbio de informações sensíveis e na celebração e execução de um acordo entre empresas, com o objeto e o efeito de impedir, restringir ou falsear de forma sensível a concorrência através da repartição de clientela e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas, restaurantes ou espaços no âmbito da restauração coletiva*, por violação dos art. 4º, n.º1 e ainda, art. 47º, n.º3, ambos da Lei n.º18/2003 de 11.06 (LdC).

1.3. Decisão da AdC

A AdC condenou os 13 arguidos nas seguintes coimas parcelares: 5.207.746,61€, 6.778.686,20€, 1.742.124,83€, 634.387,87€, 357.337,76€, 2.500€, 2.500€, 5.000€ e 5.000€, respetivamente, por violação dos art. 4º, n.º1 e ainda, art. 47º, n.º3, ambos da Lei n.º18/2003 de 11.06.

Enquadramento jurídico dos factos

PRÁTICAS COLUSÓRIAS HORIZONTAIS

1.4. Decisão do TCRS

Manutenção da condenação dos 13 arguidos, ainda que, com redução dos montantes da coima aplicados pela AdC.

1.5. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa

O processo prescreveu em fevereiro de 2015 na pendência do recurso.

1.6. Questão jurídica mais relevante

- **A troca de informações:**

Diz-nos o art.4º, n.º1 da Lei da Concorrência – L 18/2003 de 11.06 (LdC):

“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”.

No caso concreto parece existir uma prática concertada entre empresas concorrentes (cooperação horizontal). Esta é distinta do acordo devido ao seu caráter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou convenção nesse sentido.

Contudo, a grande questão colocada no caso concreto, redundava em saber, se a troca de informação pode ser considerada sensível e capaz de restringir a concorrência.

Sobre esta questão assume particular importância as *Orientações da Comissão Europeia*¹² sobre a aplicação do art. 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, no ponto 2 relativo aos “Princípios gerais da apreciação em termos de concorrência dos intercâmbios de informação”.

Segundo estas *Orientações*, deve ser entendido como uma restrição da concorrência pelo objeto, a troca de informações de uma empresa relativas a um comportamento futuro acerca de preços e quantidades.

Por outro lado, entende-se que a troca de informações passadas em que não está em causa nem preços nem volumes de faturação, ou delas se possa retirar uma estratégia futura da empresa, não deve ser considerada como uma restrição da concorrência pelo objeto (ou seja, pela sua natureza independentemente da demonstração dos efeitos).

¹² Publicadas no Jornal Oficial a 14.01.2011, páginas 001 a 0072.

Salienta-se que esta análise deve ser efetuada caso a caso.

Relativamente à admissibilidade de efeitos potenciais (e não reais), as mencionadas *Orientações* no seu ponto 19 referem claramente o seguinte: “o art. 102º, n.º1 proíbe os efeitos anticoncorrenciais efetivos e potenciais¹³. O Tribunal de Justiça (nomeadamente, no acórdão *John Deere*) considerou que a troca de informações precisa e com uma periodicidade frequente, num mercado altamente concentrado, oligopolístico até, onde a concorrência é muito ténue e a troca de informação muito facilitada, é suscetível de alterar significativamente a concorrência entre os operadores económicos.

Considerou ainda, o Tribunal de Justiça que o Tratado proíbe tanto os efeitos anticoncorrenciais reais e efetivos como os meramente potenciais, desde que, estes sejam suficientemente sensíveis.

Deste modo, a troca de informações não faz mais do que atenuar ou até suprimir para outros operadores qualquer incerteza no comportamento dos seus concorrentes, permitindo às empresas conhecer as posições de mercado, estratégias comerciais dos seus concorrentes, alterando de modo sensível a concorrência entre operadores económicos.

Na esteira das *Orientações*¹⁴, há ainda que comparar os efeitos prováveis da troca de informações com a situação concorrencial que existiria de não houvesse esse intercâmbio de informação específico, analisando, além do mais, o tipo de informação: públicas ou confidenciais; passadas (que por si só não são obstáculo à classificação de informação sensível) ou atuais; genéricas ou pormenorizadas; bem como, a sua importância ao nível de preços, carteira de clientes, volumes ou condições de serviço.

Esclarece-se ainda, as informações só serão verdadeiramente públicas, caso todos os concorrentes e clientes (parágrafo 94) tenham acesso a elas de forma idêntica (em termos de custos de acesso).

No caso *sub judice*, a transmissão dados passados recentes relativos a abertura e fechos de unidades, com indicação dos novos clientes ganhos e perdidos, número de refeições fornecidas por cliente e período, bem como a área geográfica, de forma detalhada, permitem saber a variação de volume de negócio em termos de refeições fornecidas.

¹³ Cfr., por exemplo, processo C-7/95 P *John Deere*, n.º77, Coletânea 1998, pág. I-3111 e processo C-238/05, *Asnef-Equifax*, n.º50, Coletânea 2006, pág. I-11125.

¹⁴ Cfr. ponto 2.2.3.

Assim, ponderando os custos de investimento (em recursos humanos e materiais de estudo de concorrentes) e dificuldade no acesso à informação, caso não tivessem acesso a este intercâmbio leva a concluir que as informações trocadas não assumiam caráter público.

2. CASO DAS FARMÁCIAS

2.1.Descrição do caso

- O Processo teve origem em denúncia dirigida à AdC pela arguida A., em 18.06.2009; Posteriormente, em 10.08.2009, deu entrada na AdC uma outra denúncia da arguida B;
- Processo de contraordenação instaurado a 17.09.2009 pelo Conselho de Administração da AdC:
- Nota de ilicitude de 18.05.2015;
- Factos ocorridos entre 2010 a 2013;
- Decisão da AdC de condenação a 22.12.2015;
- 4 empresas arguidas;
- Processo Judicial n.º36/16.0YUSTR, composto por 16 pastas confidenciais, 52 pastas não confidenciais vindas da AdC e no TCRS 11 volumes não confidenciais;
- Sentença do TCRS a 20.10.2016.
- Recurso para a Relação de Lisboa cuja decisão ocorreu a 14.06.2017.

2.2.Resumo

A arguida A exerce um controlo efetivo, influenciando, direta ou indiretamente, todas as sociedades do seu grupo, e respetivas estratégias e atuações nos respetivos mercados em análise.

Coube a esta empresa a análise, conceção e decisão da prática e dos comportamentos tendentes à sua consumação, integrando-se a prática das recorrentes, supra descrita, numa estratégia dirigida, na sua cúpula, pela própria empresa A, que explora, de modo abusivo, a posição dominante que detém no mercado dos dados de um painel representativo de farmácias, através da prática de compressão de margens. As restantes arguidas agiram de forma a omitir as ações destinadas a evitar comportamentos, sabendo que estavam a abusar da posição dominante da arguida F no mercado de fornecimento de dados das farmácias, que isso desvirtua a concorrência e que é proibido por lei.

2.3.Decisão da AdC

A AdC condenou as empresas pela prática de um abuso de posição dominante, através de uma compressão de margens nos mercados a jusante, previsto e punido pelos arts. 11.º/1 e

2, alínea a), 68º e 69º, todos do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, bem como do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), nas seguintes sanções: à arguida A numa coima no valor de € 635.000,00 (seiscentos e trinta e cinco mil euros); à arguida F numa coima no valor de € 9.080.000,00 (nove milhões e oitenta mil euros); F Gestão, S.A. numa coima no valor de € 360.000,00 (trezentos e sessenta mil euros); à arguida H, Lda. numa coima no valor de € 265.000,00 (duzentos e sessenta e cinco mil euros); a todas as arguidas na sanção acessória, de publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, um extrato da mesma, a delimitar pela AdC, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada, na II Série do Diário da República e em jornal nacional de expansão nacional.

Enquadramento jurídico dos factos

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE – Compressão de margens.

2.4.Decisão do TCRS

Condenação de todas as arguidas pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art. 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima de: € 409.741,30; € 6.082.704,00; € 233.530,80; € 171.767,20 e na sanção acessória de publicação no Diário da República e num dos jornais de maior circulação nacional a suas expensas, de extrato da presente decisão ou, pelo menos, da parte decisória da presente decisão, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado.

2.5.Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

O Tribunal da Relação de Lisboa decide pela improcedência do recurso quanto a uma das arguidas, absolvendo-a da prática da contraordenação prevista e punida pelos art. 102º§ 1º e 2º al) do TFUE e art.68º/1 al) b do NRJC, na medida em que não se verificam no caso presente, todos os pressupostos legais para se lhe poder imputar o ilícito contraordenacional a título de omissão.

E ainda, manter a condenação das restantes 3 arguidas na coima que lhes foi aplicada em 1ª instância pelo TCRS, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos art.

102º § 1º e 2 al) do TFUE e art.68º, nº.1 do NRJC, embora com fundamentação distinta, conforme veremos.

2.6. Questões jurídicas mais relevantes

a) Quanto aos requisitos substantivos:

Cumpre apreciar a conduta das arguidas à luz do direito nacional e à luz do direito comunitário, apurando-se, a final, da verificação ou não do requisito específico de aplicação do art. 102º, do TFUE.

Quer no direito nacional, quer no direito europeu da concorrência, o abuso de posição dominante está reservado às empresas e especificamente àquelas que tenham uma posição dominante e que abusem dessa posição. Analisemos, então, cada um dos requisitos substantivos do abuso de posição dominante.

1) Empresa

O conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do art. 11º, do NRJC, e do art. 102º, do TFUE, é, no essencial, o mesmo, abrangendo qualquer entidade que desempenha uma atividade económica, o que inclui qualquer tipo de organização, formal ou não, independentemente da sua natureza jurídica e de ter ou não personalidade jurídica que oferece bens ou serviços num determinado mercado - cfr. art. 3º/1, da Lei nº 19/2012. E pode incluir, “lado a lado”, entidades com e sem fins lucrativos.

2) A Posição dominante

O atual art. 11º, do NRJC, em convergência com o art. 102º, do TFUE, não contém nenhuma definição de posição dominante. Contudo, o conceito está solidamente consolidado na jurisprudência comunitária. Efetivamente, data dos acórdãos *United Brands*¹⁵ e *Hoffmann-La Roche*¹⁶ a definição da posição dominante como “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado

¹⁵ Processo n.º 27/76, acórdão de 14.02.1978, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76609>.

¹⁶ Processo n.º 85/76, acórdão de 13.03.1979, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89251&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77522>.

em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores¹⁷”.

Esta definição conjuga dois elementos: “um relativo ao impacto na concorrência efetiva e outro à margem de discricionariedade à disposição da empresa em causa¹⁸”. É este segundo elemento, que traduz a ideia de independência, que constitui, conforme salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, o elemento central do conceito¹⁹. Efetivamente, deter posição dominante corresponde a deter poder substancial de mercado e uma empresa detém poder substancial de mercado “quando pode elevar os preços a um nível supra-competitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recear perder clientes. Tal sucede apenas quando não é sujeita a pressões concorrenciais efetivas”. Isto não significa que a posição dominante pressuponha necessariamente a inexistência de concorrência efetiva, pois, conforme salientou o Tribunal, no acórdão *United Brands*, “para ocupar uma posição dominante, não é necessário que uma empresa tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência”, ou seja, “uma posição dominante não preclui a existência de concorrência residual”. Contudo, a concorrência existente é insuficiente para afetar de forma sensível as decisões da empresa em posição dominante. A definição de posição dominante retirada da jurisprudência comunitária permanece atual, tendo sido reiterada pela Comissão Europeia na Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante²⁰ - cfr. parágrafo 10.

3) O mercado relevante

O mercado relevante visa identificar “as pressões concorrenciais efetivamente sentidas pelas empresas ..., para compreender de que modo está limitada a sua atuação no mercado” e “é definido a partir da conjugação de três perspetivas (ou dimensões) distintas e complementares: (i) a dimensão do produto; (ii) a dimensão geográfica; e (iii) a dimensão temporal”.

Quanto à primeira dimensão, por mercado de produto relevante “dever-se-á entender o conjunto dos produtos e/ou serviços razoavelmente substituíveis pelos outros produtos e/ou serviços incluídos no conjunto, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, atendendo às suas características, às necessidades que satisfazem (ou utilização a que se

¹⁷ Parágrafo 65 do acórdão *United Brands* e parágrafo 38 do acórdão *Hoffmann-La Roche*.

¹⁸ Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, pág. 611. No mesmo sentido, veja-se OCDE, *Policy Roundtables, Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>.

¹⁹ Ricardo Bordalo Junqueiro, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012, pág. 61.

²⁰ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 24.02.2009, C45/7.

destinam) e ao contexto económico em que concorrem entre si (decorrente, designadamente, das condições de concorrência e da estrutura da oferta e da procura no mercado)”.

Em primeiro lugar, acolhe-se no que respeita ao grau de substituíbilidade necessário o “critério da permutabilidade suficiente”, que tem sido adotado pela jurisprudência europeia, assente na ideia de razoabilidade ou suficiência, considerando-se que o chamado teste do monopolista hipotético (teste SSNIP), cujo grau de substituíbilidade radica na reação da procura ou da oferta a um pequeno aumento (5% a 10%), mas não transitório, do preço de um produto e/ou serviço por parte de um monopolista hipotético, um indicador. A ideia essencial deste teste é a seguinte: se “não for lucrativo a uma empresa com a totalidade das vendas de um produto subir o preço em cerca de 10%, impõe-se a conclusão de que, das duas uma, ou o produto em causa concorre com outros produtos, ou existem outras empresas que podem passar, no curto prazo, a oferecer aquele produto e para quem esse pequeno aumento tornaria lucrativa essa reafecção dos seus recursos²¹”.

Em segundo lugar, é relevante tanto a substituíbilidade do lado da procura, como a substituíbilidade do lado da oferta, sendo que a substituíbilidade do lado da oferta pressupõe “que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo [-ou seja, sem adaptações significativas dos ativos corpóreos e incorpóreos existentes-] sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos”²² – parágrafo 20.

Em terceiro lugar, no caso de contradição entre os resultados de ambas as perspetivas, deve reter-se a delimitação mais ampla²³.

Em quarto lugar, a concorrência potencial, que “diz respeito à capacidade de empresas que estão fora do mercado relevante nele entrarem a médio ou longo-prazo (mais do que um ano)”²⁴, não é operativo na delimitação do mercado relevante, mas na determinação da posição dominante.

Impõe-se ainda esclarecer alguns pontos complementares reclamados pelas particularidades do caso concreto.

Assim, o primeiro ponto tem a ver com a questão é a de saber se a delimitação do mercado relevante de um produto intermédio – ou seja, um “bem que é utilizado como “input” na produção de outro bem” – “não se pode limitar à ponderação das pressões concorrenciais

²¹ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 381.

²² Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante (97/C 372/03) § 20.

²³ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 373, citando jurisprudência pertinente na nota de rodapé 1524.

²⁴ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 40o produto intermédio”

diretas, exercidas no próprio mercado, mas que deve ainda ter em consideração as pressões concorrenciais indiretas provenientes dos mercados dos produtos que incorporam”²⁵.

A pressão concorrencial “indireta é a que decorre de forças da oferta e da procura que se situam no exterior das estritas fronteiras do mercado, mas que, ainda assim, condicionam o modo como se comportam a oferta e/ou a procura no interior desse mercado”²⁶. Conforme esclarece Miguel Sousa Ferro, a “manifestação mais comum do elemento de pressão concorrencial indireta na delimitação de mercados decorre de situações em que se dá relevância a pressões decorrentes da procura num mercado a jusante ou relacionado”²⁷. Esta é a posição defendida pela AdC nas Linhas de Orientação para a análise económica de operações de concentração horizontais, §1.6.34, aí se exarando que “a incorporação da restrição imposta pela concorrência indireta, via o mercado a jusante, pode justificar o alargamento do mercado para incluir fornecedores de outros produtos intermédios, não obstante não serem substitutos diretos a montante”.

Não parece ser, contudo, a posição que resulta da jurisprudência comunitária, como esclarece Miguel Sousa Ferro, da qual se infere que a elasticidade cruzada não pode ser aferida numa relação vertical”²⁸. Neste sentido, invoca a decisão proferida pelo Tribunal Geral de 06.10.1994, *Tetra Pak c. Comissão* (T-83/91), § 64 a 66. Isto não quer dizer, que a pressão concorrencial indireta seja irrelevante. Sê-lo-á, como salienta o mesmo autor, mas na determinação do poder de mercado, tal como a concorrência potencial.

O segundo ponto reporta-se à substituíbilidade unidirecional, que se verifica quando um produto e/ou serviço é substituível por outro (na aceção referida de substituíbilidade razoável), mas não o inverso. Isto pode igualmente ocorrer na delimitação geográfica do mercado²⁹. Contudo, as particularidades do caso concreto limitam a relevância da questão ao mercado relevante quanto ao produto, pelo que será analisada apenas nesta dimensão.

Conforme esclarece Miguel Sousa Ferro, esta unidirecionalidade está, “normal-mente, associada a um diferente grau de eficiência na satisfação de uma mesma necessidade, *lato sensu*, variação essa que pode decorrer de caraterísticas dos produtos em causa, de caraterísticas da procura, ou de caraterísticas da oferta, nomeadamente: (i) quando um produto/serviço novo, tecnologicamente mais avançado, substitui um produto/serviço anterior (e.g. um novo

²⁵ Miguel Sousa Ferro, ob. Cit., pág. 465.

²⁶ Idem, ob. cit., pág. 421.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem, pág. 467 e cfr. págs. 420 e ss.

²⁹ Idem, pág. 531.

medicamento que ataca diretamente a fonte do problema, em vez de ter um efeito apenas indireto) a procura transita do produto “antigo” para o produto “novo”, mas, por via de regra, não estará disposta a regressar ao produto “antigo” (pelo menos, não em reação a um pequeno aumento de preços; situação de “irreversibilidade”); (ii) quando um produto/serviço novo, economicamente mais eficiente, substitui um produto/serviço anterior (e.g. a substituição do transporte marítimo de determinados produtos a granel pelo seu transporte em contentores): uma vez adotado o “novo” produto/serviço, verificar-se-á resistência em regressar aos custos acrescidos do produto/serviço “antigo”; (iii) quando um produto de “maior qualidade” (tecnicamente apto a satisfazer necessidades específicas e mais exigentes) é vendido, igualmente, a clientes de outros setores com necessidades menos exigentes, mas os produtos de “menor qualidade” não são aptos a satisfazer as necessidades de uma parte da procura; (...) (vi) quando se verifica uma grande discrepância nos custos de mudança (switching costs) entre dois produtos, de tal modo que a transição de um para outro pode ser economicamente aliciante, mas não o inverso”³⁰.

Nestes casos, dever-se-ão delimitar dois mercados relevantes quanto ao produto, ou seja: “um mercado onde está presente apenas um produto (e.g. o produto “novo” ou “melhor”), e outro mercado onde estão presentes dois produtos (e.g. os produtos “novo” e “antigo”, ou “melhor” e “pior”)”³¹. Estando em causa uma prática restritiva da concorrência para a qual importa, no essencial, o “mercado do produto novo” interessa apenas a delimitação deste mercado.

É necessário ainda referir que o facto do processo de substituição de um produto pelo outro ser gradual, continuando a vender-se ambos os produtos em grandes quantidades, não significa a inexistência de substituíbilidade unidirecional.

O TJ, no acórdão de 2010/07/01, *AstraZeneca c. Comissão* (T-321/05), C.J. (2010) II-2805, §90, esclareceu que “em princípio, a natureza gradual do crescimento das vendas de um produto novo em substituição de um produto existente não pode bastar, por si só, para concluir que o produto existente exerce uma pressão concorrencial significativa sobre o produto novo” e que, inversamente, a identificação de uma tendência de “substituição assimétrica” (i.e. unidirecional) constitui um importante indício da falta de pressão concorrencial do produto existente sobre o produto novo (cfr. § 96).

³⁰ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., págs. 532 e 533.

³¹ Idem, pág. 534.

No que respeita à segunda dimensão supra identificada, por “mercado geográfico relevante” dever-se-á entender o conjunto das áreas razoavelmente substituíveis pela área ou áreas em que as empresas em causa oferecem e/ou procuram produtos e/ou serviços, seja da perspectiva da procura, seja da perspectiva da oferta, atendendo à presença de condições concorrenciais suficientemente homogêneas”.

Por fim, a delimitação do mercado relevante quanto ao produto e do mercado geográfico é sempre efetuada por referência a um determinado período temporal. No caso de uma prática restritiva da concorrência esse período corresponde ao período de duração da infração. Adicionalmente, o fator tempo pode surgir “como uma componente integrante da própria definição de mercado, por força das características desse mercado”³². Neste caso, por “mercado temporal relevante” dever-se-á entender “o conjunto dos períodos temporais razoavelmente substituíveis por outros períodos temporais, seja da perspectiva da procura, seja da perspectiva da oferta, em que se verifica oferta ou procura pelas empresas em causa do produto/serviço em causa, na área em causa (só tem de ser definido quando se identifique uma significativa heterogeneidade de condições concorrenciais entre períodos temporais)”³³.

A aplicação prática dos conceitos referidos, que integram as três dimensões relevantes, “pauta-se pela ponderação conjunta de múltiplos fatores (que não correspondem à aplicação de um método económico de definição de mercados, propriamente dito, mas sim a uma aproximação jurídica, guiada por considerações de pragmatismo e inteligibilidade), entre os quais: estrutura da oferta e quotas de mercado; estrutura da procura e padrões estáveis da procura; preços; distâncias e custos de transporte; identidade e características dos produtos; preferências da procura; testes de choque; exigências legais ou regulamentares; barreiras económicas; etc.”³⁴.

Determinado o mercado relevante, o segundo passo necessário para a aferição da existência de uma posição dominante consiste na aplicação de métodos de determinação de poder de mercado. De acordo com a Comissão os fatores mais importantes na avaliação de uma posição dominante são os seguintes: (i) a posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes; (ii) a existência de barreiras à expansão (dos concorrentes atuais) ou à entrada (de concorrentes potenciais); (iii) poder negocial dos compradores. Também os critérios preponderantes na jurisprudência comunitária têm sido “as quotas de mercado da empresa em

³² Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 525.

³³ Idem, ob. cit., 664-665.

³⁴ Idem, pág. 665.

causa, a sua comparação com as quotas dos concorrentes, a análise de concentração no mercado, a existência de obstáculos à entrada e ponderação de outros fatores que indiciem a ausência de pressões concorrenciais sobre a empresa supostamente dominante”³⁵.

4) O abuso de posição dominante

E pacífico que o direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência não proíbem a aquisição de uma posição dominante, mas apenas o seu abuso. Isto significa isto, que uma empresa pode adquirir uma posição dominante, mas, uma vez conquistada essa posição, tem uma especial responsabilidade, designadamente “ de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum”. Pode-se, assim, dizer que o “conceito fundamental, onde assenta a disciplina do abuso de posição dominante, é o de aceitação da existência de tais posições, tendo como contrapartida a sujeição das empresas que ascendam a tal predomínio a um conjunto de deveres especiais de conduta”

O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência também convergem, atualmente, no conteúdo do interesse tutelado e, nessa medida, no “critério de apreciação das práticas restritivas da concorrência”. Trata-se, sobretudo, de proteger a concorrência no mercado, mas entendida como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos. Verificou-se, neste âmbito e no que respeita ao direito comunitário da concorrência, uma “mudança do seu programa teleológico”, que inicialmente visava garantir a integração do mercado europeu e que se transferiu para a defesa de interesses económicos. É importante salientar que o conceito de consumidor “utilizado no direito comunitário da concorrência é mais amplo que o aplicado no direito do consumo (...). De facto, enquanto o direito do consumo visa a proteção de interesses não necessariamente económicos, como a saúde ou a segurança, do consumidor final, o direito da concorrência pretende salvaguardar sobretudo interesses económicos do «comprador», ainda que este seja um mero intermediário”.

É também comum aos dois ordenamentos jurídicos a proibição quer dos abusos de exploração, quer dos abusos de exclusão.

Um abuso de exploração corresponde a um comportamento “pelo qual a empresa dominante explora as possibilidades que lhe são oferecidas pelo seu poder de mercado para prejudicar diretamente os seus clientes ou parceiros comerciais como, por exemplo, fornecedores”.

³⁵ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 583.

Entende-se por abuso de exclusão “um comportamento pelo qual a empresa dominante procura manter ou aumentar o seu poder de mercado prejudicando os seus concorrentes, impedindo ou dificultando a sua entrada no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado”, ou seja, utilizando procedimentos que não correspondem a uma concorrência pelo mérito. É importante salientar que “[d]iversamente do que sucede com o abuso por exploração, o abuso por exclusão não prejudica diretamente, em regra, clientes ou fornecedores da empresa dominante, pelo menos no curto prazo. No entanto, se o comportamento da empresa dominante for eficaz e produzir efeitos excludentes em detrimento dos seus concorrentes em grau tal que a estrutura concorrencial do mercado seja afetada, reforçando o poder de mercado da empresa dominante, é provável que no médio ou longo prazo os consumidores ou fornecedores sejam prejudicados, na medida em que o resultado obtido coloque a empresa dominante em posição de cometer um abuso de exploração”.

São figuras típicas desta forma de abuso, nomeadamente, a compressão de margens, à qual a AdC reconduziu a prática imputada às arguidas e que a jurisprudência comunitária enquadra no art. 102º, § 1º e 2, al a), do TFUE.

No que respeita especificamente a esta forma típica de abuso de posição dominante, é exato, conforme salienta Mário Marques Mendes, que a compressão de margens “nem sempre foi reconhecida como uma violação autónoma do direito da concorrência” e bem assim, que o “tema é controverso e ao longo dos anos tem permanecido a discussão, particularmente na teoria económica, sobre se a realidade a que se refere a compressão de margens não pode ser analisada e avaliada à luz de outros conceitos e princípios de direito da concorrência”. É igualmente exato, que a Comissão Europeia configura a compressão de margens como “algo de semelhante a uma recusa de contratar” ou, acrescenta-se, como uma modalidade da recusa de contratar. O que consignou na Comunicação – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C45/07 (doravante Comunicação de 2009).

Contudo, conforme também não deixa de reconhecer Mário Marques Mendes, não foi essa a posição do Tribunal de Justiça. Com efeito, resulta do acórdão deste Tribunal, no âmbito de um reenvio prejudicial no processo *TeliaSonera*³⁶, que o Tribunal “acolheu a natureza autónoma da compressão de margens, a qual no seu entender, não deve ficar dependente de se

³⁶ Processo C-52/09, decisão de 17.02.2011.

encontrarem preenchidos os requisitos da recusa de fornecimento, já que isto reduziria indevidamente o efeito útil do artigo 102º do TFUE”.

À luz da jurisprudência comunitária os requisitos são os seguintes:

Empresa:

Em primeiro lugar, é necessária a existência de uma empresa verticalmente integrada, ou seja, que esteja simultaneamente presente no mercado a montante e no mercado a jusante, e, para além disso, que forneça um produto ou serviço que é utilizado para produzir o produto ou serviço disponibilizado no mercado a jusante.

Em segundo lugar, a empresa verticalmente integrada tem de “deter posição dominante no mercado grossista, onde fornece o *input*, não sendo exigível que domine também o mercado do produto derivado”

Em terceiro lugar, o preço que a empresa verticalmente integrada cobra, no mercado a montante, pelo produto/serviço aos seus clientes quando confrontado com o preço que pratica no mercado a jusante, comprime as margens dos seus concorrentes igualmente eficientes no mercado retalhista, fazendo com que estes corram o risco de só poderem operar no mercado retalhista com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas (acórdão *TeliaSonera* § 30 e 33).

Em quarto lugar, a conduta tem de dar origem a um efeito de encerramento anticoncorrencial do mercado. Efeito esse que, conforme esclarece o TJ no processo *TeliaSonera*, não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial (§ 64). Tal efeito “respeita aos eventuais entraves que as práticas tarifárias da recorrente possam ter causado ao desenvolvimento da oferta no mercado de retalho dos serviços de acesso aos utilizadores finais e, portanto, ao grau de concorrência nesse mercado”, ou seja, ao efeito típico de um abuso de exclusão que, conforme resulta da definição supra exarada, se traduz em impedir ou dificultar a entrada de concorrentes no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado.

A jurisprudência comunitária considera que esse efeito potencial é provável quando o produto grossista é indispensável para a venda do produto retalhista (§ 70) ou quando, não sendo indispensável, a margem é negativa (§ 73). Em contrapartida, o efeito tem de ser demonstrado se não se verificarem estes pressupostos (§ 74).

Importa ainda referir que, segundo a jurisprudência comunitária, um produto ou serviço é indispensável para o exercício de uma atividade quando não existe qualquer substituto real ou potencial. Resulta ainda da mesma jurisprudência que não há substituto real ou potencial

quando existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo desrazoavelmente difícil, para qualquer outro concorrente, criar, sozinho ou em colaboração com outros, um produto ou serviço substituto, ainda que menos vantajoso³⁷.

Por fim, a empresa em posição dominante pode demonstrar a existência de uma justificação objetiva para a conduta. O TJ esclareceu, a este propósito, no acórdão *TeliaSonera* que a “apreciação da justificação económica de uma prática tarifária suscetível de produzir um efeito eliminatório aplicada por uma empresa em posição dominante efetua-se com base no conjunto das circunstâncias do caso concreto³⁸.

A este respeito, é necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório desta prática não está relacionado com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter essas vantagens, tal prática deve ser considerada abusiva (§ 76).

Damien Geradin e Robert O’Donoghue apresentam as seguintes possíveis justificações para casos de compressão de margens: as condições de mercado podem ser temporariamente más, mas espera-se que melhorem; a empresa pode estar a fixar preços baixos como uma estratégia de marketing; a empresa introduziu um novo produto e correntemente tem poucas vendas, mas espera que as mesmas aumentem; um concorrente pode estar a cobrar preços insustentáveis mas provavelmente irá deixar o mercado ou rever as suas políticas; o mercado pode estar em declínio, mas há alguns participantes que esperam sair; a empresa acredita que pode melhorar a sua performance e dos seus produtos; a empresa pode ter cometido um erro e entrou no mercado em escala demasiado grande, entre outros. Considera-se que este conjunto de casos não consubstanciam justificações objetivas à luz do conceito supra referido, resultante da jurisprudência comunitária, mas podem afastar o elemento subjetivo.

É entendimento da jurisprudência comunitária que “embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar

³⁷ Acórdão Brönnner, § 43 e 44.

³⁸ V. neste sentido, acórdão *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, já referido, n.º 73.

que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida” (acórdão *Clearstream*, citando o acórdão *Microsoft/Comissão*).

O acolhimento desta posição no âmbito do direito nacional da concorrência não contende, na nossa perspetiva, com o princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 32º/2, da CRP, pois a justificação económica atua num segundo momento, ou seja, após a verificação de todos os pressupostos da infração, evitando que o abuso de posição dominante se traduza numa proibição absoluta.

No plano dos requisitos da compressão de margens, há quem defenda, como primeiro requisito essencial, que a empresa em posição dominante tem de concorrer com o seu cliente no mercado a jusante, ou seja, para haver compressão de margens tem de existir, no mercado a jusante, um concorrente ou concorrentes que também é ou são clientes da empresa verticalmente integrada.

Na mesma linha, defende-se no parecer da *Compass Lexecon*, que “só pode ocorrer esmagamento de margens quando a empresa dominante está verticalmente integrada e melhora a posição competitiva do seu ramo a jusante através do aumento do custo dos seus concorrentes a jusante. Assim, um esmagamento de margens requer (a) concorrência a jusante entre a empresa dominante e as alegadas vítimas do comportamento abusivo, e (b) controlo pela empresa dominante dos custos dos concorrentes a jusante. As condições (a) e (b) implicam que não pode existir esmagamento de margens exceto se a empresa dominante estiver verticalmente integrada a jusante e se for, ao mesmo tempo, fornecedora do seu concorrente a jusante.

Discorda-se deste entendimento.

Com efeito, resulta do acórdão *TeliaSonera* que não é requisito necessário para a existência de uma compressão de margens a circunstância dos operadores em causa serem clientes existentes ou novos da empresa dominante, ou seja, clientes que ainda não operam no mercado em causa (acórdão *TeliaSonera* § 92 e 93), pois, conforme salienta o TJ, o caráter abusivo da compressão de margens deve ser apreciado atendendo não apenas à possibilidade de essa prática vir a eliminar do mercado relevante operadores com o mesmo grau de eficiência já ativos nele mas igualmente aos eventuais entraves que ela possa criar a operadores potenciais com o mesmo grau de eficiência, que ainda não estão presentes no mercado³⁹.

³⁹ v., neste sentido, acórdão *Deutsche Telekom/Comissão*, § 94.

Por conseguinte, é possível a existência de compressão de margens sem que existam no mercado a jusante concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante no mercado a montante e verticalmente integrada. E isto não compromete a verificação do efeito anticoncorrencial, na medida em que, como afirma o TJ, no acórdão *TeliaSonera*, esse efeito não tem de ser concreto, podendo ser potencial.

Efetivamente, a afetação da concorrência pode ser provocada, conforme salienta o TJ, não só por via da exclusão de concorrentes já existentes no mercado, mas também por via da criação de entraves à entrada de novos concorrentes. Entraves esses que não resultam de uma concorrência pelo mérito, mas são artificialmente criados por uma empresa em posição dominante. Uma prática de compressão de margens, mesmo quando não existam concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante, é suscetível de criar esses entraves.

No acórdão *Wanadoo España/Telefónica* (T-336/07), de 29.03.2012, e, que entre o mais, se traduzem na circunstância de “uma prática de exclusão afeta[r] igualmente os potenciais concorrentes da empresa dominante, que poderão ser dissuadidos de fazer a sua entrada no mercado pela perspectiva de uma falta de rentabilidade” (§ 192).

V

A APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

O regime jurídico da concorrência atualmente em vigor consta da Lei n.º19/2012, que entrou em vigor a 7 de julho de 2012, revogando a Lei n.º18/2003, que, por sua vez, havia revogado o Decreto-lei n.º371/93 de 29 de outubro.

Apesar de a Lei n.º19/2012 constituir o atual regime jurídico da concorrência, e dos três diplomas referidos coincidirem na tipificação legal dos acordos e/ou práticas concertadas restritivas da concorrência, punindo-as como contraordenações nos termos neles previstos⁴⁰, há que determinar qual o regime legal aplicável ao processo, por força das regras de aplicação da lei no tempo.

Do ponto de vista substantivo, o n.º1 do art.3º do RGCO, aplicável ex vi do n.º1 do art. 13º da lei 19/2012, prevê que:

“1 - A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende”.

O art. 5º do RGCO dispõe que: *“ O facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido”.*

Sucedem que, não obstante de a consumação da infração na vigência da Lei 18/2003, importa atender ao disposto no n.º2 do art.3º do RGCO, que consagra o princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido⁴¹, decorrendo do princípio estabelecido no art. 29º, n.º4 da CRP.

Haverá, pois, que determinar se o regime substantivo consagrado na Lei 19/2012, se revela, em concreto, globalmente mais favorável do que o regime substantivo da Lei 18/2003, a cada uma das arguidas individualmente consideradas⁴².

Neste sentido, constata-se que no que respeita ao tipo de infração e aos elementos do tipo, bem como, à medida da coima aplicável, as disposições da Lei n.º19/2012 mantêm regime idêntico ao regime jurídico da concorrência anterior.

Já no que toca à matéria da prescrição, o prazo de prescrição continua a ser de 5 anos na Lei n.º19/2012, por comparação à alínea b) do n.º1 art.48º da Lei n.º18/2003, todavia, quanto a

⁴⁰ Cfr. art. 2º do Decreto-lei n.º371/93 de 29 de outubro, art. 4º da Lei n.º18/2003 e art. 9º da Lei n.º19/2012.

⁴¹ Também previstos nos art. 2º n.º2 e 4 do Código Penal.

⁴² Cfr. sentença do TCRS de 07.03.2014, proc. 38/13.8YUSTR, pág.147.

pressupostos e prazo de suspensão da prescrição, verifica-se que as soluções consagradas nos dois regimes não são semelhantes. Deste modo, resulta que o atual regime da concorrência estabelece causas de suspensão do procedimento contraordenacional por um período de até 3 anos, por oposição a um período de até 6 meses, conferido pela lei anterior, bem como, a ocorrência de prescrição decorrido um período de sete anos e meio, ressalvado o tempo de suspensão, ou seja, de dez anos e meio, por contraposição ao período de oito anos da lei anterior.

Neste sentido, não pode deixar de concluir-se que o regime previsto na Lei 18/2003 apresenta-se como o mais favorável para qualquer arguida.

VI

A APLICABILIDADE DO ART. 101º TFUE

A violação do artigo 101.º, do TFUE, não consubstanciava, à luz do regime previsto na Lei n.º 18/2003, uma contraordenação, ao contrário do que sucede atualmente – cf. artigo 68.º, n.º 1, al b), do NRJC. A ausência desta norma no regime revogado coloca a questão de saber se a violação do artigo 101º, n.º 1, do TFUE, por si só, pode fundamentar a aplicação de uma coima, o que, à luz do disposto no art. 1º, do RGCO, equivale à questão de saber se pode consubstanciar, em si mesma e no nosso ordenamento jurídico, uma contraordenação. No entendimento de Miguel Moura e Silva, a resposta tem de ser negativa, pois do que se trata é de uma lacuna legal, que, mesmo no âmbito do ilícito de mera ordenação social, não pode existir, sob pena de violação do princípio da legalidade, que é igualmente aplicável às contraordenações (cfr. art. 2º, do RGCO⁴³). O que, note-se, não coloca necessariamente Portugal numa situação de incumprimento, pois, dada a similitude entre as normas nacionais e o direito da União Europeia, o risco de interpretação e aplicação das normas nacionais de forma a não se considerarem puníveis factos subsumíveis ao direito da União Europeia é mais teórico do que prático⁴⁴. Nessa medida e tal como conclui Miguel Moura e Silva, desde que as infrações àquelas normas comunitárias sejam objeto de uma sanção adequada com fundamento na infração das correspondentes disposições nacionais é dado cumprimento à obrigação de aplicar sanções adequadas aos ilícitos comunitários⁴⁵. Para além disso, entende-se que a violação do

⁴³ In Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial, Almedina, 2008, pág. 158.

⁴⁴ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 159.

⁴⁵ Ob. cit., pág. 159.

artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, pode relevar na determinação da medida da coima, enquanto fator a considerar para efeitos de graduação da gravidade da infração.

Atualmente, a questão já não se coloca, conforme referido, mas sendo os factos anteriores à sua entrada em vigor a violação do disposto no artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, está circunscrita aos efeitos referidos.

VII A SANÇÃO

O regime previsto na Lei n.º 18/2003, ao contrário da lei atual (cf. artigo 88.º, n.º 1, do NRJC), não afastava a regra da proibição da *reformatio in pejus* prevista no artigo 72.º-A, n.º 1, do RGCO. Também o artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 fixava o limite máximo da coima em 10% do volume de negócios do último ano, devendo-se considerar, de acordo com a jurisprudência à data (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.11.2007) e de acordo com o entendimento também adotado pela AdC, que correspondia àquele em que cessou a prática ilícita.

Há quem defenda a inconstitucionalidade do artigo 43.º, n.º 1, do NRJC, por três razões: (i) por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.º 1 e 3, da Constituição, na modalidade *nulla poena sine lege*, também por violação da proibição de sanções ilimitadas, consagrada no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição, e ainda por violação do princípio da proporcionalidade, extraído do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição; (ii) por ofensa do princípio da legalidade da sanção, consagrado no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, e dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, inconstitucionalidade que se invoca para todos os efeitos legais; (iii) por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, consagrados nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da Constituição, inconstitucionalidade que igualmente se deixa aqui invocada para todos os efeitos legais.

Quanto ao primeiro fundamento, a argumentação centra-se, no essencial, no facto do limite máximo ser indeterminado.

É pacífico, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, sintetizada no acórdão n.º 201/2014, que o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social. As ideias fundamentais em torno da questão são, de acordo com o referido aresto, as seguintes: “(i) embora tais princípios [princípios da legalidade

e da tipicidade] não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”; (ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito”.

Por conseguinte, do “princípio da legalidade não decorre, que os limites máximos da moldura legal abstrata tenham de ser fixos e objetivamente determinados. O que importa, na verdade, é que sejam determináveis, de modo a que seja possível antecipar com segurança a sanção aplicável ao comportamento ilícito⁴⁶”.

Ora, “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios”. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” o que está em causa é apurar um determinado nível de determinação ou de determinabilidade da sanção aplicável. Nível esse, que deverá ser mais ou menos exigente em função das consequências decorrentes da condenação e, nesta medida, o ilícito de mera ordenação social, enquanto “ordem sancionatória não privativa de liberdade”, consente um nível de indeterminação superior do que o direito penal ou uma aplicação do princípio, em termos gradativos, menos exigente. À semelhança, aliás, do que se verifica a propósito da aplicação ao ilícito de mera ordenação social de outras garantias constitucionais penais. Consideram-se elucidativas desta linha de pensamento as seguintes asserções do Tribunal Constitucional no acórdão nº 466/12: “E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo

⁴⁶ Aqui citamos a posição assumida pela Dra. Marta Borges Campos, Juiz no TCRS, quanto a esta matéria.

penal, o caráter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos”. Dito isto, considera-se que “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

Ora, a indexação do limite máximo a 10% do volume de negócios no ano da cessação do ilícito cumpre esses parâmetros, permitindo ao agente determinar, com o mínimo de segurança, as sanções a que está sujeito.

O Tribunal Constitucional apreciou a mesma questão, na sua fundamentação, a propósito do atual artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, tendo concluído nos seguintes termos: a “*mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no site do Tribunal)*”.

Mais esclareceu: “*Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade. Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto. Além disso, tal como se refere no Acórdão n.º 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar, numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa. É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o*

sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito. Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanescentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente”.

Assim sendo, a norma referida não é materialmente inconstitucional, solução que acompanhamos.

CONCLUSÃO

A livre concorrência parte do pressuposto que a concorrência entre os agentes económicos, ou a pressão concorrencial exercida sobre eles, dá lugar a eficiente utilização dos recursos disponíveis na economia e a defesa dos consumidores.

Efetivamente, o exercício dos poderes sancionatórios por parte da Autoridade da Concorrência é crucial para a dissuasão de comportamentos restritivos da concorrência, sejam eles quais forem.

Ao longo do presente estudo constatou-se nos inúmeros processos consultados junto do TCRS, a enorme qualidade técnica e científica dos técnicos da AdC, bem como dos juízes do TCRS acompanhando a sofisticação e complexidade do mundo empresarial.

Relativamente ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, e com base na sua atividade ainda que recente (5 anos), pode concluir-se que as pendências não são significativas. Significativa é a complexidade das matérias, os protagonistas (quer pelo número, quer pelas dimensões), a densa dialética processual, que se traduzem numa variedade de decisões judiciais por parte do Tribunal e que não nos conduzem, desde logo, a linhas orientadoras claras de jurisprudência, ainda tão recente.

Engane-se quem, em face dos resultados numéricos demonstrados se surpreenda com tão baixo número de processos, ao passo que, quem contacta de perto com estas matérias saberá certamente reconhecer a complexidade, tecnicidade, robustez e até gravidade das questões abordadas, em prol da ditadura dos números tão apreciados nos nossos dias.

Nesse sentido, é importante que o próprio Tribunal da Relação de Lisboa, acompanhando esta especialização e consolidação jurisprudencial na área da concorrência tivesse uma secção especializada para o efeito, o que na realidade não sucede.

Muito ainda haverá a fazer nestas matérias, contudo, entendemos que o caminho percorrido apesar de curto mostra que o esforço desenvolvido, nomeadamente, pelo TCRS tem tido frutos em matéria de *public enforcement*.

BILIOGRAFIA

Doutrina:

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário ao Regime das Contraordenações, Almedina pág. 84.
- CALVETE, Vítor, "Regulação, concorrência, e all that jazz", in Revista Julgar, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal II*, 1988, policopiado, página 271.
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 30.
- Gorjão-Henriques, Cunha, Comentário Conimbricense à Lei da Concorrência, Coimbra, Almedina, 2013.
- João Confraria, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011, 2ª Edição Revista e Atualizada.
- Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012. pág. 61.
- Maçãs, Fernanda, Moreira, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, "Constituição Portuguesa Anotada", I., 2.ª ed. 2010.
- Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009.
- Pinto, Frederico Lacerda da Costa, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, fasc. 1.º, Janeiro-Março 1997, p. 25.
- Pais, Sofia Oliveira, *O Critério do Bem-estar dos Consumidores no Contexto de Renovação do Direito Comunitário da Concorrência*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume I, Almedina, pág. 626.
- Silva, Miguel Moura e, *o Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, teses Almedina, 2010.
- Silva, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008.

Jurisprudência:

- Ac. TRL, de 07.11.2007, proc. 7251/07, disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de junho de 2017, proc. n.º 36/16.0YUSTR, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

- Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.03.2015, proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, in www.dgsi.pt).
- Acórdão do TC n.º 45/2014100, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão *TeliaSonera* § 92 e 93) do Tribunal de Justiça, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/pt>.
- Acórdão *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* do Tribunal de Justiça, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/pt>.
- Acórdão *Deutsche Telekom/Comissão Europeia*, do Tribunal de Justiça, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>
- Sentença no processo n.º 88/12.1YUSTR (versão confidencial), de 19.07.2013.
- Sentença no processo n.º 36/16.0YUSTR (versão confidencial), de 20.10.2016.
- Sentença no processo n.º 36/17.2YUSTR de 25.05.2017.
- Sentença no processo n.º 204/13.6YUSTR (versão confidencial).

OUTROS:

- OCDE, *Policy Roundtables, Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>.
- AdC, *Linhas de Orientação sobre as Prioridades no exercício dos poderes sancionatórios*, de 17 de janeiro de 2013, in www.concorrencia.pt
- Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante (97/C 372/03) § 20.
- Comunicação da Comissão — *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*.
- Autoridade da Concorrência, *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas*, de 20 de dezembro de 2012.